

PROCEDURALNE UJĘCIE TWORZENIA PRAWA

1. Pozytywizm prawniczy sprawił, że zagadnienia etyczne sprawiedliwości prawa zeszły na plan dalszy jako nienaukowe¹. Nie odrzucono jednakże ostatecznie tezy, iż idea prawa definiuje się poprzez pewne proceduralne i normatywne kryteria, które muszą być spełnione, aby rezultat aktu ludzkiej woli można było nazwać prawem. Przeciwnie, proceduralne ujęcie stało się jednym z podstawowych paradygmatów myślenia o prawie we współczesnej teorii i filozofii prawa². Podważając bowiem sens i możliwość naukowej dyskusji na temat sprawiedliwości materialnej, pozytywiści, w poszukiwaniu odpowiedzi w kwestii legitymizacji, skierowali swoje rozważania w stronę analizy aspektów proceduralnych i formalnych procesów prawotwórczych w systemie prawa³. W kontekście tych rozważań, a szczególnie w wyniku dyskusji nad legitymizacją legalności, znaczenia nabral problem sprawiedliwości proceduralnej i formalnej.

W teorii tworzenia prawa zagadnienie sprawiedliwości proceduralnej oraz problematyka wartości proceduralnych tworzenia prawa nie jest tylko zagadnieniem czysto teoretycznym. Proces prawotwórczy powinien bowiem umożliwiać adresatom norm prawnych zarówno ustalenie jakie normy prawne obowiązują w danym momencie, jak również zrozumienie ich treści. Łatwo więc zauważyć, że problematyka tworzenia prawa w kontekście sprawiedliwości proceduralnej obejmuje nie tylko zagadnienie legitymizacji prawa, związane z kwestią wewnętrznej sprawiedliwości proceduralnej, ale również aspekt praktyczny, znaj-

¹ Por. O. Höffe, *Sprawiedliwość polityczna*, Znak, Kraków 1997, s. 9–21.

² J. Habermas, *Erkenntnis und Interesse*, Frankfurt a. Main 1973, tenże *Warheitstheorien* [w:] *Wirklichkeit und Reflexion, Festschrift für W. Schultz*, H. Fahrenbach (ed.), Pfullingen 1973; R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, translated by R. Adler and N. McCormick, Clarendon Press, Oxford 1989; Ch. Perelman, *Justice, Law and Argument*, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht (Holland) – Boston (U.S.A.) – London (England) 1980, translated by W. Kluback; J. Rawls, *Teoria Sprawiedliwości*, przekład M. Panufnik i in., PWN, Warszawa 1994; A. Kaufmann, *Problemggeschichte der Rechtsphilosophie* [w:] *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, A. Kaufmann, W. Hassemer (Hrsg), Heidelberg 1985; L.L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University, 1978; N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt a. Main 1983.

³ Por. J. Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1995, s. 138; H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, translated by M. Knight, University of California Press, Berkeley and Los Angeles 1967, s. 193–279; H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Law Series, Oxford University Press, NY 1994.

dujący swój wyraz między innymi w funkcji instrumentalnej i optymalizacyjnej procedur.

Uzasadnieniem konieczności teoretycznej analizy powyższych zagadnień jest próba odpowiedzi na pytanie, jak procedury prawotwórcze, porządkując chaos argumentów i politycznych impulsów, tworzą system prawa oraz jakie funkcje spełnia sprawiedliwość proceduralna w tych procesach. Niniejszy tekst przedstawia jednak jedynie zarys pewnych problemów. Wiele istotnych kwestii związanych z tą tematyką nie mogło być w nim zaprezentowanych. Ze względu na ograniczony zakres tego opracowania nie zostaną przedstawione rozważania nad zagadnieniem sprawiedliwości proceduralnej w systemie precedensowym⁴ oraz problematyka zasad tworzenia prawa⁵. Z tego samego powodu zabrakło również miejsca na przeprowadzenie wieloaspektowej analizy wszystkich warunków sprawiedliwości wewnętrznej procesu tworzenia prawa oraz jej związku z problemem ogólności norm prawnych, koherentności systemu prawa, jak i wartości proceduralnych racjonalnego tworzenia prawa⁶. W związku z powyższym z konieczności uwaga nasza koncentruje się wyłącznie na analizie zagadnienia tworzenia prawa przez stanowienie.

2. Każdy system prawa oparty jest na zasadach proceduralnych, których przestrzeganie nie tylko warunkuje legalny charakter norm prawnych, ale również umożliwia istnienie systemu. Ponieważ zasady te mają charakter racjonalny, można założyć, iż ich odrzucenie spowodowałoby zanik systemu. Występowanie określonych zasad jest jednak zrelatywizowane w czasie. Inaczej mówiąc, nie każdy system prawa musi opierać się na takich samych zasadach proceduralnych. W zależności od stopnia złożoności systemu mogą się one różnić zarówno ilością, jak i formą. Wszystkie bowiem są wynikiem społecznego procesu komunikacyjnego i związane są ze stopniem rozwoju samego systemu oraz ze stopniem jego złożoności. Widać to szczególnie wyraźnie w koncepcji Rawlsa, gdzie stopień rozwoju systemu prawa koresponduje ze stopniem realizacji postanowień umowy społecznej. Stopień rozwoju rzeczywistego systemu prawa, jest w tym przypadku uzależniony od zakresu realizacji teorii idealnej sprawiedliwości, zakładającej pełne urzeczywistnienie postanowień takiej umowy. Ponieważ system oparty na nieidealnej teorii sprawiedliwości, musi przyjąć określone zasady uzasadniania

⁴ Na ten temat patrz: W. Lang, J. Wróblewski, *Współczesna filozofia i teoria prawa w USA*, Warszawa 1986, s. 176 i n.; J. Frank, *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*, Princeton University Press, Princeton 1949; S. Pomorski, *Z zagadnień prawotwórczej funkcji sądów amerykańskich (pojęcie precedensu sądowego i jego obowiązywanie)* [w:] *Instytucje i doktryny prawno-polityczne Stanów Zjednoczonych Ameryki*, W. Sokolewicz (red.), Wrocław 1974, s. 359–372; P.S. Atiyah, R.S. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford 1987.

⁵ Na ten temat w lit. polskiej patrz: J. Bafia, *Zasady tworzenia prawa*, PWN, Warszawa 1984; A. Bałban, L. Dubel, L. Leszczyński, *Zasady tworzenia prawa*, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 1983; J. Wróblewski, *Zasady tworzenia prawa*, PWN, Warszawa 1989.

⁶ Na ten temat patrz: J. Wróblewski, *Proceduralne wartości tworzenia prawa*, Studia Prawno-Ekonomiczne, 1981, t. XXVII, Łódź 1982; H. Rot, *Wartości proceduralne tworzenia prawa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1992 i tam cyt. lit.

tolerancji niesprawiedliwości społecznych i politycznych⁷, dywersyfikacja zasad proceduralnych zależy od stopnia realizacji teorii idealnej sprawiedliwości. Oczywiście od razu powstaje pytanie, czy norma lub indywidualna dyrektywa, która spełnia kryteria określone przez daną procedurę, może być rzeczywiście uznana za sprawiedliwą⁸. Ewentualna odpowiedź ma ogromną wagę, głównie dlatego, że tylko za pomocą kryteriów proceduralnych można odróżnić akty zbiorowej lub jednostkowej woli będące prawem, od aktów nim niebędących. Należy więc określić, jakie kryteria legitymizują procesy prawotwórcze, a w szczególności zastanowić się nad rolą sprawiedliwości proceduralnej.

Zagadnienie sprawiedliwości proceduralnej odnosi się bezpośrednio do problematyki związanej z procesami wyboru oraz do metod podejmowania decyzji w procesie prawodawczym⁹. Problematyka ta wymaga jednak doprecyzowania terminologicznego. W szczególności chodzi o wyznaczenie jasnego kryterium rozróżnienia sprawiedliwości materialnej od sprawiedliwości proceduralnej. Chociaż taka próba grozi popadnięciem w niekończący się filozoficzny spór o relację między formą i treścią, konieczne jest odróżnienie pojęcia „proceduralny” od pojęcia „materialny”¹⁰.

Wieloaspektowość pojęcia „proceduralny” uniemożliwia wąskie zdefiniowanie i dlatego zmusza nas do przyjęcia jednej z szerszych definicji, ujmujących go jako „zinstytucjonalizowany proces podejmowania decyzji lub dochodzenia do porozumienia”¹¹. Pojęcie proceduralny dotyczy więc procesu lub etapów w podejmowaniu decyzji, podczas gdy pojęcie „materialny” związane jest z treścią tych decyzji. Tak więc różne procedury mogą prowadzić do takich samych rozstrzygnięć materialnych, jak i możliwe jest, iż zastosowanie tej samej procedury będzie prowadziło do różnych materialnych wyników. Dzięki takiemu przedstawieniu pojęć „materialny” i „proceduralny” można będzie uzyskać wyraźne rozróżnienie między pojęciem „sprawiedliwość proceduralna” i „sprawiedliwość materialna”, którego brak innym ujęciom.

Samo jednak pojęcie sprawiedliwości wydaje się trudniejsze do zdefiniowania, bowiem pewną właściwością semiotyczną pojęcia sprawiedliwości jest jej wieloznaczność. W literaturze filozoficznoprawnej spotyka się różnorodne określenia rodzajowe „sprawiedliwości”. Często utożsamia się ją z legalnością podejmowanych działań na gruncie prawa pozytywnego, z postępowaniem wyznaczonym przez prawo naturalne lub z działaniami mającymi na uwadze dobro ogółu¹². Problematyki proceduralnego ujęcia sprawiedliwości nie można redukować jednak do żadnej z powyższych alternatyw, a w szczególności wyłącznie do zagad-

⁷ W. Lang, *Teoria sprawiedliwości Johna Rawlsa*, „Państwo i Prawo” 1977, z. 3, s. 62.

⁸ Por. R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, s. 18.

⁹ Por. M.D. Bayles, *Procedural Justice*, Kluwer Academic Publisher, Dordrecht–Boston–London 1990, s. 1.

¹⁰ Por. K.F. Röhl, *Verfahrensgerichtigkeit (Procedural Justice). Einführung in den Themenbereich und Überblick*, „Zeitschrift für Rechtssoziologie” 14 (1993), Heft 1, s. 2; Por. J. Czaja, J. Stelmach, *W stronę proceduralnej teorii sprawiedliwości*, „Logos i Etos” 2/1993, s. 33 i n.

¹¹ K.F. Röhl, *Verfahrensgerichtigkeit...*, s. 3.

¹² Patrz O. Bird, *The Idea of Justice*, New York 1967, s. 3–5, 33–35.

nienia legalności¹³. Z drugiej strony, unikając odniesienia pojęcia sprawiedliwości proceduralnej wyłącznie do realizowania jakiejś określonej koncepcji prawa natury¹⁴, bądź też działań mających na uwadze dobro ogółu, należy przyjąć, iż pojęcie „sprawiedliwość proceduralna” oznacza zastosowanie procedury, która zwiększa prawdopodobieństwo oceny decyzji jako sprawiedliwej niezależnie od treści tej decyzji¹⁵.

Przyjęcie powyższej definicji determinuje ścisły związek sprawiedliwości proceduralnej z postulatem sprawiedliwości formalnej. Idea sprawiedliwości formalnej jest bowiem formułą sprawiedliwości, na którą możliwe jest osiągnięcie jednomyślnej zgody – formułą zachowującą to wszystko, co jest wspólne dla różnych koncepcji sprawiedliwości materialnej¹⁶. Sprawiedliwość formalną definiuje się bowiem, jako zasadę postępowania, zgodnie z którą każda istota należąca do jednej i tej samej istotnej kategorii musi być traktowana w ten sam sposób¹⁷, a istoty należące do różnych kategorii istotnych należy traktować odmiennie¹⁸. Sprawiedliwość formalna nie definiuje jednak ani istotnej kategorii, ani procedur, zgodnie z którymi taka istotna kategoria powinna być określona, oraz nie ustanawia procedur, które określają jakikolwiek wzór sprawiedliwej relacji pomiędzy różnymi kategoriami istotnymi. To stanowi dodatkowy powód, dla którego należy dokonać analizy procesu tworzenia prawa z perspektywy sprawiedliwości proceduralnej. W szczególności jest to istotne, ponieważ prawotwórca bywa zazwyczaj w obecnych systemach konstytucyjnych ograniczony zarówno przez typy kategorii istotnych oraz relacje między nimi, jak i uprawniony lub/i zobowiązany do tworzenia takich istotnych kategorii i określania relacji między nimi.

Dla dalszych rozważań istotne jest więc zastanowienie się nad rodzajami funkcji sprawiedliwości proceduralnej. Pamiętać jednak należy, że zagadnienie to można analizować z różnych perspektyw, w szczególności: socjologicznej, psychologicznej, dogmatycznej, czy wreszcie normatywno-filozoficznej.

3. Analizę związku sprawiedliwości proceduralnej z procesem tworzenia prawa dobrze jest zacząć od przedstawienia czterostopniowego schematu etapów powstawania prawa zaproponowanego przez J. Rawlsa¹⁹. Refleksja nad rolą określonych typów sprawiedliwości proceduralnej w poszczególnych stadiach procesu tworzenia prawa na podstawie *Teorii sprawiedliwości*, umożliwi

¹³ Por. H.L.A. Hart, *The Concept...*, s. 161.

¹⁴ Por. Z. Ziemiński, *Sprawiedliwość społeczna jako pojęcie prawne*, WS, Warszawa 1996, s. 12.

¹⁵ A. Tschentscher, *The Function of Procedural Justice in Theories of Justice*, Universität Hamburg, Seminar für Verwaltungslehre, Hamburg, 16 September 1993, maszynopis, s. 4.

¹⁶ Ch. Perelman, *Justice, Law and Argument*, s. 7.

¹⁷ Ch. Perelman, *Justice, Law and Argument*, s. 11.

¹⁸ H.L.A. Hart, *The Concept...*, s. 160 i n.

¹⁹ Na temat koncepcji Rawlsa patrz również: B. Barry, *The Liberal Theory of Justice. A critical Examination of the Principal Doctrines in A Theory of Justice by John Rawls*, Clarendon Press, Oxford 1973; J.W. Chapman, *Rawls' Theory of Justice*, „American Political Science Review”, nr 69, 1975; R.L. Cunningham, *Justice: Efficiency of Fairness*, „The Personalist”, nr 52, 1971.

nam późniejsze przedstawienie funkcji sprawiedliwości proceduralnej w procesach prawotwórczych.

Według Rawlsa, pierwszy etap, w którym następuje początkowy wybór podstawowych zasad sprawiedliwości, dokonywany w sytuacji pierwotnej przez hipotetycznych uczestników, jest domeną czystej sprawiedliwości proceduralnej. W drugim etapie strony przechodzą do konwencji konstytucyjnej, i według wcześniej uzgodnionych zasad sprawiedliwości, uchwalają konstytucję stanowiącą procedurę pomyślaną tak, by jej zastosowanie gwarantowało sprawiedliwy wynik. W idealnych warunkach zastosowanie procedury konstytucyjnej byłoby przykładem doskonałej sprawiedliwości proceduralnej. Sam Rawls wątpi jednak, czy jest możliwe skonstruowanie takiej procedury, tym bardziej, że każda realna procedura polityczna może generować niesprawiedliwy rezultat. Tak więc jego zdaniem, najlepszy osiągalny system może być tylko systemem sprawiedliwości proceduralnej niedoskonałej²⁰. Problem sprawiedliwości proceduralnej pojawia się w jeszcze jaskrawszej formie w trzecim i czwartym etapie, a więc w przypadku procesu ustawodawczego oraz procesu stosowania prawa. Te procesy stanowią według Rawlsa jednoznaczny przykład niedoskonałej sprawiedliwości proceduralnej, to znaczy takiej, w której procedura podejmowania decyzji nie gwarantuje sprawiedliwego rezultatu, dodatkowo podlegającego jeszcze materialnemu kryterium oceny decyzji jako sprawiedliwych lub niesprawiedliwych.

Nie wdając się w polemikę, co do słuszności sztywnego przyporządkowania określonych typów sprawiedliwości proceduralnej do określonych faz tworzenia prawa, na podstawie powyżej zaprezentowanej charakterystyki, należy zastanowić się nad rolą sprawiedliwości proceduralnej w procesie tworzenia prawa. Dla dalszych rozważań konieczne jest więc rozróżnienie ustawodawstwa dobrych zasad oraz ustawodawstwa należytych gwarancji²¹.

W modelu ustawodawstwa dobrych zasad, w którym źródłem sprawiedliwych decyzji są poprawnie i bezstronnie stosowane reguły, podstawową rolę ograć musi sprawiedliwość proceduralna doskonała oraz sprawiedliwość proceduralna niedoskonała. Sprawiedliwość proceduralna doskonała oznacza bowiem zastosowanie procedury, która zapewnia zawsze wynik sprawiedliwy z punktu widzenia, określonego uprzednio i odrębnie wobec przyjętej procedury, niezależnego kryterium sprawiedliwości wyniku. W tym sensie należy oczywiście założyć, że możliwe jest zaprojektowanie procedury niezawodnie prowadzącej do pożądanego rezultatu. W przypadku sprawiedliwości proceduralnej niedoskonałej, tak jak w przypadku sprawiedliwości proceduralnej doskonałej, również istnieje niezależne kryterium poprawności rezultatu, jednak stosowana procedura nie gwarantuje niezawodnie osiągnięcia projektowanego wyniku.

Inaczej wygląda sytuacja w modelu należytych gwarancji, w którym w samej tylko procedurze szuka się środków rozstrzygania konfliktów. Tutaj główną rolę ograć będzie zagadnienie sprawiedliwości proceduralnej czystej. W tym wypadku, nie mamy bowiem dobrych zasad, które mogłyby stanowić zewnętrzne

²⁰ J. Rawls, *Teoria...*, s. 269 i n.

²¹ L. Morawski, *Argumentacje, Racjonalność prawa i postępowanie dowodowe*, Uniwersytet Mikołaja Kopernika, Toruń 1998, s. 165.

kryterium poprawności rezultatu. Odwrotnie jednak niż w przypadku sprawiedliwości proceduralnej doskonałej i niedoskonałej mamy procedurę, której jakiegokolwiek wynik jest sprawiedliwy, o ile się do niej we właściwy sposób stosujemy. Sama procedura definiuje bowiem sprawiedliwy wynik. Właśnie jednak ze względu na brak tego zewnętrznego kryterium konieczne jest doprowadzenie całej procedury do końca²².

Z punktu widzenia dalszych rozważań należy jeszcze przedstawić *quasi*-czystą sprawiedliwość proceduralną. Ten typ sprawiedliwości proceduralnej związany jest bowiem ze stosowaniem reguł wyboru w sytuacji, gdy decyzje w danym zakresie są jednakowo sprawiedliwe. *Quasi*-czysta sprawiedliwość proceduralna definiuje więc granice uznania w wyborze jednego wyniku z grupy równie sprawiedliwych wyników. Przykładem *quasi*-czystej sprawiedliwości proceduralnej może być więc procedura legislacyjna. Prawo uchwalone zgodnie z *quasi*-czystą sprawiedliwością proceduralną jest zdefiniowane *prima facie* jako sprawiedliwe, chyba że można wykazać, iż nie należy do zakresu równie sprawiedliwych wyników określonych przez procedurę²³.

Na podstawie powyższych rozważań wyraźnie można ponadto rozróżnić zewnętrzną i wewnętrzną sprawiedliwość proceduralną. Zewnętrznie sprawiedliwe proceduralnie będą przy tym decyzje wydane zgodnie z procedurą. Dla problematyki tworzenia prawa interesujące wydaje się jednak pojęcie wewnętrznej sprawiedliwości proceduralnej, które odnosi się do oceny samej procedury jako słusznej, uczciwej czy sprawiedliwej. Wewnętrzna sprawiedliwość proceduralna dotyczy bowiem sprawiedliwości samego procesu podejmowania decyzji²⁴. W tym miejscu nasuwa się pytanie, jaką rolę odgrywała lub jaką może odgrywać sprawiedliwość proceduralna w procesie stanowienia prawa.

W tradycji prawa ustawowego tworzeniem prawa powszechnie nazywa się proces, w wyniku którego następuje wytworzenie i wydanie norm obowiązującego aktu normatywnego, zawierającego normy generalne i abstrakcyjne²⁵. Procesowość tworzenia prawa jest wynikiem jego decyzyjnego charakteru, który przejawia się w jego instytucjonalnej, sformalizowanej, sekwencyjnej strukturze. Jak zauważa E. Kustra, decyzje prawodawcze są decyzjami socjotechnicznymi, w których dokonuje się wyboru pomiędzy różnymi alternatywami działania. Ponieważ każdemu alternatywnemu działaniu odpowiada pewien zbiór wyników, których prawdopodobieństwa wystąpienia nie da się w pełni określić, tak więc decyzje te podejmowane są w warunkach niepewności lub ryzyka²⁶. Wobec tego można założyć, że każda racjonalna jednostka opowiedziałaby się za wprowadzeniem procedur tworzenia i stosowania pozytywnego prawa, jak również procedur jego naukowej analizy²⁷, aby ograniczyć niepewność i ryzyko niewywołania przez

²² J. Rawls, *Teoria* ..., s. 120 i n.

²³ J. Rawls, *Teoria* ..., s. 274; A. Tschentscher, *The Function*..., s. 10.

²⁴ K.F. Röhl, *Verfahrensgerichtigkeit*..., s. 5 in.

²⁵ Por. E. Kustra, *Podstawy teorii legislacji*, Uniwersytet Mikołaja Kopernika, Toruń 1982, s. 20.

²⁶ Por. E. Kustra, *Podstawy*..., s. 21.

²⁷ Por. R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, s. 19.

określoną decyzję prawotwórczą projektowanych zmian w zachowaniach podmiotów prawa.

Problem sprawiedliwości proceduralnej, zarówno zewnętrznej jak i wewnętrznej, jest więc charakterystyczny dla wszystkich faz tworzenia prawa. Dla teorii legitymizacji prawa procedury są elementem koniecznym. Niektóre zasady proceduralne, jak zasada demokratyczności, zasada większości, zasada podziału władz, nabrały obecnie charakteru wręcz niezmiennych i nieodwołalnych. Co najważniejsze w obecnych państwach demokratycznych procedury służą ponadto eksplikacji i konkretyzacji określonych w konstytucjach zasad treściowych²⁸.

Zagadnienie to ma więc ogromne znaczenie zarówno dla etapu inicjatywy prawodawczej, fazy projektowania aktów prawnych, jak i przede wszystkim dla fazy ustanawiania prawa, która obejmuje proces uchwalania ostatecznego projektu²⁹. Przyjęcie powyższego racjonalno-decyzyjnego modelu procesu tworzenia prawa umożliwia wnikliwszą analizę realizacji zasad sprawiedliwości proceduralnej w dowolnym procesie prawodawczym. Oczywiście w rzeczywistości konkretny proces prawotwórczy może formalnie nie wyróżniać wszystkich wyżej wymienionych faz lub odwrotnie, może zakładać znacznie bardziej skomplikowaną strukturę. Wydaje się jednak, że każdy racjonalny proces decyzyjny oparty jest właśnie na takiej formule. W wypadku jednak procesów demokratycznych zagadnienie komplikuje się jeszcze bardziej, bowiem procedury dotyczące zbiorowego procesu podejmowania decyzji, łączą w sobie problem podejmowania decyzji oraz problem wyboru przedstawicieli. Bez wątpienia jednak, procedury związane z wyborem przedstawicieli do ciała legislacyjnego nie są tożsame z procedurami tworzenia prawa. Postulat racjonalnego tworzenia prawa jest postulatem normatywnym, o silnie prakseologicznym charakterze. Jakkolwiek możliwe są różne sposoby konstruowania modeli racjonalnego ustawodawstwa, teza, iż działalność prawotwórcza jest działalnością zorientowaną na skutek, nie budzi większych wątpliwości. Działania skuteczne to działania osiągające założony cel³⁰. Jednym z podstawowych celów prawa jest celowe kierowanie aktywnością podmiotów prawa³¹. Z tego punktu widzenia wydaje się, iż zagadnienie sprawiedliwości proceduralnej ma szczególne znaczenie. Leży ono bowiem u podstaw wszystkich przejawów celowego oddziaływania instytucji prawnych na zachowania jednostek, a w szczególności w procesie tworzenia, stosowania prawa oraz w procesie realizacji praw podmiotowych. Innymi słowy, sprawiedliwość proceduralna zwiększa szansę realizacji podstawowych celów prawa. Ponadto, jak słusznie zauważa J. Wróblewski, procedura powinna zapewnić racjonalność wewnętrzną procesu prawotwórczego. Rola sprawiedliwości proceduralnej nie wyczerpuje się jednak w określeniu kto, w jakim zakresie i w jaki sposób oraz w jakiej fazie uczestniczy w procesie prawotwórczym³². Dużo istotniejsza jest rola, jaką sprawiedliwość proceduralna odgrywa w zapewnieniu spójności systemu prawa oraz w racjonalizacji procesu komunikacji w procesie tworzenia prawa. W tym kon-

²⁸ Por. O. Höffe, *Sprawiedliwość ...*, s. 155.

²⁹ J. Wróblewski, *Teoria racjonalnego tworzenia prawa*, Ossolineum, Wrocław 1985, s. 276.

³⁰ J. Wróblewski, *Teoria racjonalnego...*, s. 132 i n.

³¹ Por. L. Morawski, *Argumentacje...*, s. 29.

³² J. Wróblewski, *Teoria racjonalnego...* s. 263.

tekście szczególnie użyteczne okazują się teorie racjonalnej argumentacji, określające racjonalność komunikacyjnych działań oraz racjonalność wymiany argumentów w sferze aksjologii i etyki³³. Dzięki takim proceduralnym teoriom sprawiedliwości, procedury tworzenia prawa otrzymują zewnętrzne racjonalne kryteria, zapewniające systemowi prawa racjonalność etyczną i pewność.

4. Z zagadnieniem tym silnie związany jest problem funkcji legitymizującej sprawiedliwości proceduralnej. W literaturze istnieją przynajmniej trzy sposoby interpretacji twierdzenia o uprawomocnieniu przez procedury. Najslabsza wersja przyjmuje, iż procedury są szeroko rozpowszechnione i dlatego pełnią pomocniczą rolę w uprawomocnianiu prawa. Silniejsza interpretacja mocy legitymizującej procedur zakłada konieczność istnienia i funkcjonowania procedur we wszystkich dziedzinach prawa, przyznając jednocześnie, że nie jest to warunek wystarczający. Natomiast skrajna wersja przyjmuje, iż procedury są elementem wystarczającym dla uprawomocnienia³⁴.

Poprawne stosowanie procedury, a więc podążanie za sformułowaniami, które ją konstytuują, włączając w to ich interpretację, nie jest jednak warunkiem wystarczającym dla osiągnięcia sprawiedliwości proceduralnej³⁵. Należy wziąć pod uwagę również sprawiedliwość (*fairness*) tła, a więc obecność wszystkich okoliczności zewnętrznych, które są konieczne do właściwego zastosowania procedury³⁶, oraz sprawiedliwość wewnętrzną procedury. To bowiem, czy norma lub indywidualna dyrektywa, która satysfakcjonuje proceduralne kryteria jest sprawiedliwa, nie zależy tylko od procedury, ale również od kontekstu jej użycia³⁷. Dlatego procedura tworzenia prawa powinna sama określać warunki, jakie muszą być spełnione do jej przeprowadzenia. Szczegółowa analiza tych warunków przekracza jednak ramy niniejszego opracowania.

To że proceduralna sprawiedliwość wymaga bezstronnych decyzji, jest praktycznie uniwersalnie uznawaną zasadą. Bezstronność decydenta ugruntowana jest w fundamentalnym postulacie, że nikt nie powinien być sędzią we własnej sprawie. Bezstronność wiąże się powszechnie z założeniem, iż decydent nie ma szczególnego interesu w wyniku decyzji, nie demonstruje uprzedzeń w procesie komunikacji, ponadto nie będzie mógł brać udziału w procesie weryfikacji jego wcześniejszej decyzji, oraz nie będzie oskarżycielem i sędzią jednocześnie. Decydent nie może być też stronnicy, co wiąże się również z realizacją postulatu niezależności decydentów. Niezależność ta w procesie decyzyjnym jest jednym z głównych aspektów bezstronności. Pojęcie niezależności obejmuje przy tym swym zakresem zarówno niepodleganie kontroli przez osoby, które zainteresowane są w określonym wyniku procesu decyzyjnego, jak również zakaz łączenia różnych funkcji, co gwarantuje bezstronność decyzji³⁸. Dlatego słuszne wydaje się

³³ M. Borucka-Arctowa, *The Axiological Aspects of Procedural Justice*, maszynopis, s. 4.

³⁴ O. Höffe, *Sprawiedliwość...*, s. 155.

³⁵ A. Tschentscher, *The Function...*, s. 6.

³⁶ B. Barry, *Political Argument. A Reissue with a New Introduction*, Harvester-Wheatsheaf, New York etc. 1990, s. 99.

³⁷ Por. B. Barry, *Political Argument...*, s. 99 i n.

³⁸ M.D. Bayles, *Procedural Justice*, s. 37.

stwierdzenie, że zasada bezstronności przyczyniła się do rozwoju teorii sądownictwa konstytucyjnego.

Problem bezstronności procedury ma również istotne znaczenie dla funkcji przekonującej procedur, a więc subiektywnej sprawiedliwości proceduralnej. Z subiektywną sprawiedliwością proceduralną mamy do czynienia, gdy procedura oceniana jest nie z punktu widzenia zewnętrznych w stosunku do niej kryteriów, lecz przez pryzmat jednostkowych wyobrażeń. W uproszczeniu można by ją zdefiniować jako zdolność procedury do spełniania oczekiwań jej uczestników³⁹. Decydujące czynniki wpływające na subiektywne spełnienie indywidualnych oczekiwań, dotyczących sprawiedliwości procedury, zależą w szczególności: od możliwości sprawowania kontroli nad prawidłowym stosowaniem procedury, od możliwości odwołania się od decyzji wydanej zgodnie z procedurą, od równego traktowania wszystkich aktorów procedury i właśnie od istnienia gwarancji bezstronnego stosowania procedury⁴⁰. Zagadnienie subiektywnej sprawiedliwości proceduralnej ma ogromne znaczenie dla procesów prawotwórczych, bowiem im bardziej procesy te będą spełniały oczekiwania podmiotów prawa, tym łatwiej będą one akceptowały te decyzje prawotwórcze jako sprawiedliwe.

Tak więc subiektywna sprawiedliwość proceduralna procesu legislacyjnego bezpośrednio wpływać będzie na efektywność całego systemu prawa oraz poszczególnych jego norm, poprzez wzrost postaw proprawnych. Istotne znaczenie ma również argument, iż im bardziej społeczeństwo jest podzielone w przedmiocie wartości materialnych, tym bardziej wartościowe jest, jako środek do utrzymania spokoju społecznego, jakiegokolwiek porozumienie, które może zostać zawarte co do procedury. Im bardziej strony oceniają procedurę jako sprawiedliwą, tym bardziej będą skłonne zaakceptować wynik jako sprawiedliwy, nawet jeśli nie będzie on dla nich korzystny. Ten efekt sprawiedliwości proceduralnej wskazuje, iż określona procedura ma wartość podstawową. Również ta cecha procedur zapewnia zdolność sprawiedliwości proceduralnej do wypełniania funkcji przekonującej.

Przydatność procedur do generowania wartości podstawowych jest związana głównie z zagadnieniem obiektywnej sprawiedliwości proceduralnej. Uzależniona jest bowiem od zdolności procedury do stanowienia zadość normatywnym standardom sprawiedliwości, a w szczególności, od czynienia bardziej słusznymi i akceptowalnymi zarówno decyzji samych w sobie, jak i samego procesu decyzyjnego⁴¹. Tak więc nie sam w sobie normatywny standard sprawiedliwości jest obiektywny, lecz zdolność procedury do podtrzymywania tego standardu. Zatem, przez obiektywną sprawiedliwość proceduralną można eliminować wszelkie rodzaje stronniczości, które mogłyby wpływać na wynik procedury.

Przydatność sprawiedliwości proceduralnej w realizacji projektowanych celów lub w osiąganiu określonych wyników określa jej instrumentalną funkcję. W tym przypadku procedura jest legitymizowana przez kryteria zewnętrzne. Instrumen-

³⁹ Por. A. Tschentscher, *The Function...*, s. 11.

⁴⁰ M.D. Bayles, *Procedural Justice*, s. 39–60.

⁴¹ Por. E.A. Lind, T.R. Tyler, *The social psychology of procedural justice*, Plenum Press, New York – London 1988, s. 3.

talna wartość charakteryzuje zarówno niedoskonałą, jak i doskonałą sprawiedliwość proceduralną. Należy przy tym zauważyć, iż służebna funkcja sprawiedliwości proceduralnej ma charakter stopniowalny, w zależności od tego, czy procedura zapewnia, czy tylko zwiększa szansę uzyskania sprawiedliwego wyniku⁴². Jeżeli przyjmuje się, iż jedną z cech prawa jest jego instrumentalny charakter, przejawiający się w dążeniu do skutecznej realizacji projektowanych celów, to łatwo zauważyć, że stosowanie pewnych procedur podnosi stopień prawdopodobieństwa realizacji takich celów. W coraz bardziej złożonym społeczeństwie funkcjonalność systemu prawa zależy od zdolności systemu prawa do zwiększania swojej złożoności. Z drugiej strony nieadekwatna złożoność systemu również może powodować jego dysfunkcjonalność. System prawny, przy zachowaniu właściwych dla prawa funkcji, dąży więc do optymalizacji w odzwierciedlaniu i przetwarzaniu złożoności środowiska⁴³. Optymalizacyjna funkcja procedur przejawiać się będzie w ich zdolności do osiągania celów homeostatycznych, a więc zachowania minimum stałości systemu prawa przy jednoczesnej realizacji celów instrumentalnych określających kierunkowy rozwój systemu⁴⁴. W szczególności zagadnienie sprawiedliwości proceduralnej przydatne jest w zakresie aksjologicznym, nie można jednak nie doceniać jego znaczenia w zakresie prakseologicznym i merytorycznym optymalizacji. W przypadku zakresu prakseologicznego i merytorycznego mamy do czynienia z funkcją instrumentalną procedury charakteryzującą zarówno niedoskonałą, jak i doskonałą sprawiedliwość proceduralną. Wydaje się, że właśnie w tym zakresie w przypadku braku pozaekonomicznych kryteriów, w wyborze jednej z możliwych alternatyw, istotną rolę mogą odgrywać kryteria czysto proceduralne⁴⁵. Inaczej sytuacja wygląda w przypadku optymalizacji aksjologicznej. Stopień optymalizacji aksjologicznej uzależniony jest bowiem od zakresu poznania woli adresatów oraz interesów i wartości przyjętych w społeczeństwie⁴⁶. Ważnym problemem w tym kontekście jest zgodność kryteriów optymalizacji prakseologicznej i merytorycznej z kryteriami optymalizacji aksjologicznej. Ponieważ o skuteczności dyrektyw działania nie decydują wskazania etyki, skuteczność procedury w osiąganiu celów instrumentalnych niekoniecznie musi spotkać się z moralnymi oczekiwaniami aktorów co do samej procedury⁴⁷.

Ogromne znaczenie ma więc procedura komunikacji tych wartości i interesów oraz jej oddziaływanie na proces prawotwórczy. Sama procedura komunikacji powinna być wewnętrznie proceduralnie sprawiedliwa. Jedną z koncepcji możliwych do zastosowania w tym zakresie jest komunikacyjna teoria J. Habermasa. Z punktu widzenia idealnej sytuacji dyskursu, wszyscy potencjalni jego uczestni-

⁴² A. Tschentscher, *The Function...*, s. 14.

⁴³ Por. O. Höffe, *Sprawiedliwość...*, s. 158 i n. oraz cyt. tamże N. Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt a. Main 1981.

⁴⁴ J. Wróblewski, *Teoria racjonalnego...*, s. 279 i n.

⁴⁵ Szerzej na ten temat patrz: S. Wronkowska, *Problemy racjonalnego tworzenia prawa*, Wyd. Naukowe UAM, Poznań 1982, s. 172 i cyt. tamże: Z. Ziemiński, *Socjologia prawa jako nauka prawna*, Warszawa-Poznań 1975, s. 45 i n.

⁴⁶ Na temat aksjologicznych uwarunkowań tworzenia prawa też: J. Wróblewski, *Zasady tworzenia...*, s. 89-92.

⁴⁷ L. Morawski, *Argumentacje...*, s. 28 i n.

cy powinni mieć jednakowe szanse stosowania komunikatywnych aktów mowy. Tak więc każdy mógłby, bez względu na zaawansowanie tematyczne, w każdym okresie rozpoczynać dyskurs. Ponadto, zachowując jednakową zdolność przedstawiania własnych interpretacji i twierdzeń, każdy miałby równą możliwość udowadniać lub kwestionować ważność określonych aktów komunikacyjnych. Wszyscy mówcy mieliby jednakowe szanse stosować zarówno reprezentatywne akty mowy, przez co mogą dawać wyraz na przykład swoim intencjom, jak i regulatywne akty mowy, wyrażające między innymi rozkazy czy sprzeczyny⁴⁸. Idealna sytuacja dialogu zakłada więc warunek równego uczestnictwa, postulat nieograniczoności rozumiany jako fundamentalne nieograniczenie w czasie i w dostępie osób do dialogu oraz brak przymusu rozumiany w zasadzie jako wolność dyskursu od jakichkolwiek przypadkowych lub strukturalnych form naciśku. Dodatkowym warunkiem jest założenie autentyczności i uczciwości wypowiedzi (*Ernsthaftigkeit*), rozumiane jako całkowity brak podstępu i obłudy w wyrażaniu intencji i przedstawianiu aktów mowy⁴⁹.

Optymalizacja aksjologiczna jest więc mocno związana zarówno z funkcją legitymizującą procedury, jak i funkcją definiującą wartości podstawowe, a także łączy się szczególnie z zagadnieniem wewnętrznej sprawiedliwości proceduralnej. Problem pojawia się jednak w pogodzeniu wymogów wewnętrznej sprawiedliwości proceduralnej z funkcją ekonomizującą procedur w postępowaniu prawotwórczym. Problem wydaje się tym istotniejszy, że funkcja ekonomizująca sprawiedliwości proceduralnej, będąc bezpośrednio związana z problemem optymalizacji procesu tworzenia prawa, nie ogranicza się jedynie do zagwarantowania legalności podjętej decyzji, a więc chronienia przed koniecznością powtarzania procedury prawotwórczej. Problem roli sprawiedliwości proceduralnej w ekonomizacji procesu legislacyjnego związany jest przede wszystkim z oceną procedury prawodawczej ze względu na koszt jej przeprowadzenia. W rzeczywistości koszt procesu prawotwórczego jest uzależniony w szczególności od zakresu zaangażowanych w ten proces podmiotów oraz jego czasu trwania. Powstaje więc pytanie, jak zorganizować proces prawotwórczy tak, aby optymalizować koszt jego przeprowadzenia, czyniąc zadość wymogom funkcji optymalizacji aksjologicznej sprawiedliwości proceduralnej. W takim ujęciu problem ten pojawia się już na etapie inicjowania tworzenia prawa. Zakres kompetencji inicjatywy prawodawczej związany jest bowiem bezpośrednio z zagadnieniem uczestnictwa w procesie prawotwórczym lub, szerzej ujmując, w procesie komunikacji. Już w tej fazie zasada nieograniczonego uczestnictwa w procesie komunikacji jest ograniczana zasadą ekonomiczności procesu decyzyjnego. Podobne zagadnienie pojawia się też w fazie projektowania tworzenia prawa, gdyż właśnie tu dochodzi do ustalania alternatywnych środków prawnych do realizacji celów wybranych w fazie inicjatorskiej tworzenia prawa. Problem ten uwidacznia się w sposób jaskrawy w sytu-

⁴⁸ J. Habermas, *Wahrheitstheorien*, s. 138.

⁴⁹ Szerzej patrz: J. Habermas, *Moral Consciousness and Communicative Action*, MIT Press, Cambridge, MA, 1990; J. Habermas, *The Theory of Communicative Action*, Beacon Press, Boston, MA, 1984; J. Habermas, *Faktizität und Geltung* Suhrkamp, Frankfurt a. Main 1992, vol. 1; J. Braaten, *Habermas's Critical Theory of Society*, Sunny Press, Albany, NY, 1991; D.M. Rasmussen, *How is valid law possible?* [in:] *Law and Modernity*, London 1996.

acji, gdy nie da się przeprowadzić jednoznacznej symulacji skutków i kosztów przyjęcia jednej z projektowanych alternatyw unormowania określonej dziedziny. Szczególnej doniosłości zagadnienie to nabiera jednak dopiero w fazie ustanawiania prawa, kiedy dochodzi do rozstrzygnięcia, w sprawie nadania wybranej alternatywie mocy obowiązującej⁵⁰.

Wydawać się może, że funkcja ekonomizująca sprawiedliwości proceduralnej jest nie do pogodzenia z funkcją optymalizacji aksjologicznej. Rozwiązaniem tego paradoksu wydaje się przyjęcie kontrfaktyczności idealnej sytuacji dyskursu. J. Habermas twierdzi bowiem, że możliwe jest dokonywanie aktów mowy kontrfaktycznie, a więc komunikowanie się przy założeniu, że idealna sytuacja mowy jest rzeczywistością. W ten sposób można uzyskać kryterium odniesienia, stanowiące krytyczną miarę osiągniętego, rzeczywistego konsensu, a dzięki temu możliwe jest rozstrzygnięcie, czy osiągnięty konsens jest uzasadniony. W ten sposób można odpierać także zarzut jej nierealizowalności oraz uznać, iż kolizja z funkcją ekonomizującą sprawiedliwości proceduralnej jest pozorna. Faktyczne ograniczenie liczby podmiotów w wydawaniu decyzji w sytuacji, gdy nie da się przeprowadzić jednoznacznej oceny skutków i kosztów przyjęcia jednej z projektowanych alternatyw, nie narusza wewnętrznej sprawiedliwości proceduralnej, o ile proces ten przebiega przy założeniu, że idealna sytuacja mowy jest rzeczywistością. Decyzje takie powinny być jednak podejmowane kolektywnie, a w szczególności powinny podlegać procedurom kontroli w poszczególnych stadiach prac prawotwórczych⁵¹. W sytuacjach, kiedy poza zgodą aktorów procesu decyzyjnego (której poprawność mierzy się w zestawianiu z kryterium idealnej sytuacji dyskursu) nie ma zewnętrznego, niezależnego kryterium prawidłowego rezultatu, szczególną rolę w procedurach prawodawczych odgrywa więc problem czystej sprawiedliwości proceduralnej. Sama procedura, o ile zostanie doprowadzona do końca, wskazuje bowiem, która z projektowanych alternatyw ma zostać przyjęta. Można to zilustrować przykładem głosowania w sytuacji wyboru jednego z kilku projektów, z których żaden nie zdobywa większości głosów. Procedury głosowania nie powtarza się w nieskończoność, lecz przyjmuje się np. iż najwłaściwsza jest alternatywa, która zdobędzie największą liczbę głosów lub w drodze powtarzania głosowania po eliminacji alternatyw, które zdobyły najmniejszą liczbę głosów. W tym sensie funkcja ekonomizująca sprawiedliwości proceduralnej, nie pozostając w kolizji z funkcją legitymizującą procedury, może racjonalizować wszystkie fazy tworzenia prawa.

Jakkolwiek powyższe rozważania, ze względu na zakres niniejszego opracowania, nie wyczerpują całości zagadnienia, wskazują jednak wyraźnie konieczność wieloaspektowej analizy zagadnienia sprawiedliwości proceduralnej i roli, jaką odgrywa w procesie tworzenia prawa. Potrzeba taka wydaje się tym bardziej uzasadniona, iż teorie szukające legitymizacji prawa i innych instytucji społecznych w konsensusie i problematyce proceduralnej racjonalności zajmują czołową

⁵⁰ J. Wróblewski, *Teoria racjonalnego...*, s. 269–277.

⁵¹ Por. S. Wronkowska, *Problemy racjonalnego...*, s. 172 i cyt. tamże Zawadzki, S. *Komplexowość procesu prawotwórczego*, *Studia Prawnicze* 1979, nr 1, s. 7–12.

pozycję we współczesnej filozofii prawa⁵². Konieczność odejścia od czysto formalnego ujęcia sprawiedliwości powoduje jednak pojawienie się elementów aksjologicznych związanych z wartością samych procedur oraz materialnych zasad, których realizacji procedury te mają służyć. Nierozerwalnie związane z problemem proceduralnej sprawiedliwości jest bowiem pytanie o legitymizację procedury, podstawy jej obowiązywania, czy wreszcie o źródło pochodzenia reguł ją stanowiących⁵³. Mimo że pewnych wątpliwości nie da się uniknąć, zakres ewentualnego subiektywizmu takich rozważań ograniczany jest przez ich interdyscyplinarność. Ponadto proceduralny paradygmat myślenia o sprawiedliwości najlepiej odpowiada rzeczywistości współczesnych, pluralistycznych demokracji i wydaje się jedynym dającym się obronić. Z postmetafizycznej perspektywy, filozofia nie jest bowiem w stanie przedstawiać bezsprzecznych, racjonalnie usprawiedliwionych i słuszych norm moralnych. Zamiast tego może przedstawić w zarysie racjonalne warunki procedury, którą można i powinno się stosować w procesie stanowienia prawa⁵⁴.

⁵² Por. A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, Decker & Müller, Heidelberg, 1992, s. 12 i n.

⁵³ J. Por. Czaja, J. Stelmach, *W stronę...*, s. 34.

⁵⁴ M. Deflem, *Introduction: law in Habermas's theory of communicative action* [w:] *Habermas Modernity and law*, London 1996, s. 9.

